



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 244.088 - PE
(2012/0218985-8)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : POSTO ATENAS LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. COMERCIANTE VAREJISTA. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE. ART. 166 DO CTN.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1068317/RJ, Rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 8/2008 do STJ), consolidou entendimento segundo o qual tem legitimidade ativa o comerciante varejista de combustíveis, como substituído tributário nas ações de repetição de indébito, desde que demonstre nos autos que inexistiu o repasse do encargo tributário ao consumidor final, ou que possua autorização deste para recebê-lo, conforme o disposto no art. 166 do CTN.

2. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, não há como ser reconhecida a legitimidade da agravante, ante a ausência de comprovação do não repasse dos encargos financeiros ao consumidor final.

3. Aplica-se ao caso a multa do art. 557, § 2º, do CPC, no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor da causa atualizado, por questionamento de matéria já decidida em recurso repetitivo.

Agravo regimental improvido com aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 244.088 - PE
(2012/0218985-8)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : POSTO ATENAS LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por POSTO ATENAS LTDA. a desfavor da decisão monocrática de minha relatoria que negou provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa (fl. 224, e-STJ):

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. COMERCIANTE VAREJISTA. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE. ART. 166 DO CTN. AGRADO IMPROVIDO."

Extraí-se dos autos que o recurso especial inadmitido foi interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 5ª Região, assim ementado (fl. 165,e-STJ):

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA -PPE. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA PARA PLEITEAR A COMPENSAÇÃO DO PIS E DA COFINS, INCIDENTES SOBRE O FATURAMENTO MAJORADO PELA INCLUSÃO DA PPE. NECESSIDADE DE SE DEMONSTRAR QUE NÃO HOUE O REPASSE AO CONSUMIDOR. ART. 166, DO CTN.

1. Sendo das refinarias a obrigação de pagar a Parcela de Preço Específica - PPE, por figurarem na norma como contribuintes de direito, carecem as distribuidoras e os comerciantes varejistas de combustíveis de legitimidade ativa para pleitear o direito à restituição da PPE.

2. Hipótese em que a Impetrante, comerciante varejista de combustíveis, não visa à restituição da PPE, buscando, na verdade, a compensação dos valores que suportou, a título de PIS e COFINS, calculados, dentro do regime da substituição tributária, sobre o faturamento majorado pela indevida inclusão da PPE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Entendimento cristalizado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual 'no regime da substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, reveste-se de legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, exclusivamente na hipótese de demonstrar nos autos a inexistência de repasse do encargo tributário ao consumidor final' (REsp 1108028/RJ; Rel. Ministro Humberto Martins; 2ª Turma; Julgamento: 06/08/2009; DJe 25/08/2009).*

4. *Caso em que não foram colacionados aos autos elementos hábeis à comprovação do não-repasse, ou seja, da assunção, pelo Impetrante, dos encargos devidos da obrigação tributária. Por esta razão, afigura-se correta a extinção do feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.*

Apelação improvida."

O agravante alega que, "não é o fato de não ter comprovado o não repasse do ônus tributário da exação ao consumidor final que desnatura o direito aqui pretendido. É que segundo dispõe o artigo 4º da Lei nº 9.718/98, o ônus do recolhimento das Contribuições Sociais em litígio é todo do contribuinte substituto, a quem deve ser originalmente reconhecido o direito de ressarcimento, quando da cobrança indevida das exações" (fl. 234, e-STJ).

Aduz, ainda, que "o que importa para o direito tributário é saber quem assumirá o encargo financeiro do pagamento da exação, para fins legitimar o ente responsável para requerer a restituição/compensação do indébito, torna-se claro que no fato que se apresenta, realmente é a distribuidora quem paga o PIS e a COFINS, com base na PPE acrescida, como disposto em lei específica, de modo que dispensável é a análise de qualquer conjunto probatório para se perquirir se a agravante é ou não contribuinte das exações com acréscimo da PPE" (fl. 237, e-STJ).

Pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva da agravada.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 244.088 - PE
(2012/0218985-8)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. COMERCIANTE VAREJISTA. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE. ART. 166 DO CTN.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1068317/RJ, Rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 8/2008 do STJ), consolidou entendimento segundo o qual tem legitimidade ativa o comerciante varejista de combustíveis, como substituído tributário nas ações de repetição de indébito, desde que demonstre nos autos que inexistiu o repasse do encargo tributário ao consumidor final, ou que possuía autorização deste para recebê-lo, conforme o disposto no art. 166 do CTN.

2. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, não há como ser reconhecida a legitimidade da agravante, ante a ausência de comprovação do não repasse dos encargos financeiros ao consumidor final.

3. Aplica-se ao caso a multa do art. 557, § 2º, do CPC, no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor da causa atualizado, por questionamento de matéria já decidida em recurso repetitivo.

Agravo regimental improvido com aplicação de multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não merecem prosperar as alegações da agravante.

Conforme demonstrado na decisão monocrática, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1068317/RJ, Rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 8/2008 do STJ), consolidou o entendimento segundo o qual tem legitimidade ativa o comerciante varejista de combustíveis, como substituído tributário nas ações de repetição de indébito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde que demonstre nos autos que inexistiu o repasse do encargo tributário ao consumidor final ou que possua autorização deste para recebê-lo, conforme o disposto no art. 166 do CTN.

A propósito, a ementa do referido julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL REGIME ANTERIOR À LEI 9.990/2000. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DO NÃO-REPASSE AO CONSUMIDOR FINAL. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DE POSTO DE GASOLINA BRACARENSE LTDA. E OUTROS DESPROVIDO.

1. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp. 648.288/PE, Relator o ilustre Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (DJ de 11.11.2006), decidiu que, no âmbito do regime de substituição tributária, a empresa varejista - substituída - detém legitimidade ativa para questionar a exigência dos tributos incidentes no comércio de combustíveis.

Consolidou ainda o entendimento de que, para pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, a substituída deve demonstrar que suportou o encargo, não o repassando para o preço cobrado do consumidor final.

2. No caso concreto, assentou a sentença e o acórdão recorrido a ausência de prova do não repasse do encargo tributário ao consumidor final, sendo insuficiente para infirmar tal fundamento a simples afirmação recursal de que a venda da mercadoria foi por preço inferior ao estimado; acolher as afirmações recursais esbarra na Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental de Posto de Gasolina Bracarense Ltda. e outros desprovido."

(AgRg no REsp 1068317/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 26/6/2012, DJe 3/8/2012)

No mesmo sentido:

"PPE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE ATIVA. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. SÚMULA 7/STJ.

I - Conforme consabido nesta Corte, no tocante à restituição de tributos indiretos, para se ter legitimidade ativa na ação de repetição de indébito tributário, cabe ao autor provar que não houve repercussão econômica do tributo para o consumidor final.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Restou consignado no acórdão, com base nas provas carreadas aos autos, não ser possível conceber que o custo financeiro da exação tenha sido arcado pela Distribuidora, porquanto a mesma não comprovou que deixou de repassá-lo ao consumidor final. (fl. 563) III - Já a agravante não se conforma com o entendimento do Tribunal a quo e afirma categoricamente que é o contribuinte de fato do tributo. Incide, assim, o que determina a Súmula 7/STJ.

IV - Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1069894/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 1º/12/2008)

No caso dos autos, o Tribunal de origem (conhecedor de todo o contexto fático-probatório) expressamente consignou a ausência de provas quanto ao não repasse do encargo financeiro ao consumidor final, *in verbis* (fl. 163, e-STJ):

"Com base nos precedentes colacionados, conclui-se que incumbe ao sujeito passivo, na pretensão restitutória de exação que comporte repercussão financeira, a comprovação do não-repasse, ou seja, da assunção dos encargos devidos da obrigação tributária, na forma do art. 166, do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito:

'Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.' No caso em apreciação, observo que *inexistem nos autos elementos probatórios hábeis para demonstrar a legitimidade ativa da Impetrante, nos termos acima delineados, motivo pelo qual, com base em tais fundamentos, entendo que se afigurou correta a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil - CPC."*

Dessa forma, não há como ser reconhecida a legitimidade da ora agravante, ante a ausência de comprovação do não repasse dos encargos financeiros ao consumidor final.

Assim, sem argumento capaz de modificar a decisão agravada, mantenho-a em seus próprios e jurídicos fundamentos.

No mais, aplica-se ao caso a multa do art. 557, § 2º, do CPC, nos casos em que a parte insurge-se quanto ao mérito da questão decidida em julgado submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, conforme determinado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do AgRg no REsp 1.025.220/RS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A ementa do julgado guarda o seguinte teor:

"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – QUESTÃO DE MÉRITO JÁ DECIDIDA COM BASE NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC – AGRAVO REGIMENTAL MANIFESTAMENTE INFUNDADO – MULTA.

1. As Obrigações ao Portador emitidas pela ELETROBRAS não são debêntures e o direito ao resgate é potestativo, motivo por que o prazo de que trata o art. 4º, § 11, da Lei 4.156/62 é decadencial, e não prescricional, como decidido no REsp 1.050.199/RJ, pela sistemática do art. 543-C do CPC.

2. Agravo Regimental em ataque ao mérito da decisão, a que se nega provimento (questão de ordem apreciada em 25/03/2009, pela Primeira Seção).

3. Aplicação de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

4. Agravo Regimental improvido (DJe 20.4.2009)."

(AgRg no REsp 1025220/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 20.4.2009)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental e aplico a multa do art. 557, § 2º, do CPC no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0218985-8

AgRg no
AREsp 244.088 / PE

Número Origem: 200583000098617

PAUTA: 27/11/2012

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : POSTO ATENAS LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : POSTO ATENAS LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.